

**LAS ENFERMEDADES DEGENERATIVAS
Y SU INCIDENCIA EN RELACIÓN A LA AFILIACIÓN A LA
SEGURIDAD SOCIAL
O A OTROS SISTEMAS DE PREVISIÓN SOCIAL
(MUTUALIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL)**

Autora: Carmen Pavía García de Leonardo

Tutora: Arántzazu Vicente Palacio

Master Universitario en Abogacía

Curso Académico: 2013-2014, 2014-2015

Fecha de lectura: 10 de noviembre de 2014



Resumen: Análisis del acceso de los trabajadores por cuenta propia o ajena que padecen una enfermedad degenerativa a la Seguridad Social y a las Mutuas de Previsión social, cuando actúan como alternativa al RETA.

Palabras clave: Enfermedad degenerativa, capacidad de trabajo, elemento aleatorio, hecho causante, Seguridad Social, RETA y Mutualidad de Previsión social.

INDICE

- 1.- Introducción.
- 2.- La capacidad de trabajo: su conexión con el elemento aleatorio de todo seguro. Su recepción en el ámbito del Sistema de Seguridad social.
3. El Derecho al trabajo de los discapacitados y su acceso a los beneficios de la seguridad social.
4. La afiliación y el alta como requisitos de acceso a las prestaciones en el nivel contributivo de la Seguridad Social.
5. El hecho causante en materia de incapacidad permanente y las enfermedades preexistentes, concretamente, las enfermedades degenerativas.
6. Análisis específico de la posible negativa por las Mutualidades de Previsión Social de un colegio profesional de dar de alta a un colegiado como alternativa al RETA.
- 7.- Conclusiones
- 8.- Bibliografía
- 9.- Jurisprudencia citada

1.- INTRODUCCIÓN

En España, los nacionales y determinados extranjeros con residencia legal en nuestro país¹, que reúnan una serie de requisitos (edad, residencia, grado de discapacidad) pueden ser beneficiarios de una pensión no contributiva de invalidez, que les asegura una prestación económica, asistencia médico-farmacéutica gratuita y servicios sociales complementarios. La prestación no contributiva de validez cubre, entre otros, a quienes como consecuencia de sus patologías no se han podido incorporar al mercado de trabajo siempre que su incapacidad sea superior al 65%.

Dejando al margen ese tipo de pensiones y centrándose en las prestaciones de modalidad contributiva, este trabajo tiene por objeto analizar en qué medida la Seguridad Social y las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, pueden negarse a afiliar o a hacer mutualista a un trabajador que, antes de incorporarse a las mismas, tiene una enfermedad degenerativa que pone en conocimiento de dichas entidades, con independencia de que ésta se haya manifestado o no, conservando su capacidad para trabajar.

Analizaremos, así mismo, la situación de aquellos trabajadores por cuenta propia o autónomos que, aquejados de este tipo de patologías y siendo profesionales con obligación de colegiarse, pueden optar voluntariamente y antes del inicio de su actividad, por darse de alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (en adelante RETA), o por incorporarse a la Mutualidad de Previsión social de su respectivo Colegio Profesional como régimen de aseguramiento, quedando con ello exentos de la obligación de alta en el RETA. Trataremos de responder a si

1 Artículo 7.3 TRLGSS "Asimismo, estarán comprendidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad no contributiva, todos los españoles residentes en territorio nacional."

Artículo 7.5 TRLGSS "Los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que residan en territorio español se equiparan a los españoles a efectos de lo dispuesto en el número 3 de este artículo. Con respecto a los nacionales de otros países se estará a lo que se disponga en los Tratados, Convenios, Acuerdos o Instrumentos ratificados, suscritos o aprobados al efecto, o cuanto les fuera aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida."

es posible que dichas entidades impidan la incorporación o, en su caso, denieguen o limiten el acceso a las prestaciones, singularmente de incapacidad permanente o de muerte y supervivencia.

2.- LA CAPACIDAD DE TRABAJO: SU CONEXIÓN CON EL ELEMENTO ALEATORIO DE TODO SEGURO. SU RECEPCIÓN EN EL ÁMBITO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

El trabajador que, padeciendo una enfermedad degenerativa quiera afiliarse al sistema público de la Seguridad Social u optar por integrarse en una Mutuality, como primer requisito ha de tener capacidad para trabajar con carácter previo a esa afiliación o ingreso; capacidad que debe ser suficiente para la realización de la actividad profesional determinante de su afiliación y alta y, por tanto, estará en función de la capacidad laboral que dicha actividad precise.

Es muy significativa, en este sentido, aunque no se refiera expresamente a una enfermedad degenerativa, la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana², en fecha cuatro de octubre de dos mil trece, revocando la emitida por el Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Alicante en fecha cinco de noviembre de dos mil doce, contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre incapacidad permanente, que estimaba la pretensión formulada³: Se trata de un vendedor de la ONCE, cuya edad mental corresponde a seis-siete años, con autonomía limitada a tareas básicas de cuidado personal, que es asistido por sus hermanas para casi todo, incluso para su profesión habitual. Se le declara incapaz en sentencia civil para regir su persona y bienes en dos mil diez, pero el INSS le niega la incapacidad permanente absoluta "*(...) porque sus limitaciones físicas y mentales son las mismas que presentaba en el momento*

2 STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de cuatro de octubre de dos mil trece, rec. núm. 837/2013 (Roj: STSJ CV 5231/2013, Id Cendoj: 46250340012013101348).

3 También resulta muy interesante el ATS Sección 1ª de la Sala de lo Social, de inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina, de fecha veinticinco de junio de dos mil catorce, formalizado contra la sentencia de la Sala de lo Social antes citada (Roj: ATS 6554/2014. Id Cendoj: 28079140012014201275).

de su incorporación al mundo del trabajo como vendedor de la ONCE". En el Auto de inadmisión del recurso de casación para unificación de doctrina de fecha veinticinco de junio de dos mil catorce, el Tribunal Supremo ratifica la tesis del INSS porque su capacidad de trabajo, muy limitada desde la infancia, no se ha visto disminuida ni agravada en ningún momento posterior a la afiliación.

Nos hallamos ante un supuesto en el que los límites a la capacidad de trabajar del sujeto existen antes de asegurarse, y que, aunque implicaban una reducción muy importante de ésta, le permitían realizar el trabajo determinante de su inclusión en el régimen de la Seguridad Social, sin que concurra posteriormente una nueva situación incapacitante, una situación que disminuya o anule esa mínima capacidad de trabajo. Es esta capacidad de trabajo, aunque mínima, lo que permite la afiliación al trabajador, pues es suficiente para el ejercicio de la profesión habitual que realiza como vendedor de la ONCE. Es necesario insistir en que si el trabajador careciera de capacidad de trabajo, no se estaría ante un supuesto de aseguramiento, sino de "compra de prestaciones"⁴ perdiendo el aseguramiento su naturaleza aleatoria, naturaleza esencial en todo tipo de seguro, como a continuación expondremos.

Las consideraciones anteriores son también aplicables, *mutatis mutandi*, a las enfermedades degenerativas, enfermedades que después de ser detectadas y aunque ya hayan empezado a manifestarse (generalmente se llegan a diagnosticar precisamente por los signos y síntomas que presenta el enfermo), permiten el desarrollo de una actividad laboral o profesional siguiendo el tratamiento médico prescrito, siendo en un momento posterior a la afiliación/alta cuando aparece el efecto invalidante⁵.

El sistema español de Seguridad social, y en general, todos los sistemas contributivos profesionales, están articulados sobre la técnica del seguro privado. Su origen se sitúa en 1900, con la creación del primer seguro social – para la protección de los accidentes de trabajo-, por la Ley de Accidentes de

4 LOPEZ GANDÍA, J., y ROMERO RÓDENAS, M^a J., *La Incapacidad Permanente: Acción Protectora, Calificación y Revisión*. ed. Bomarzo, Albacete, 2011, cit. p. 9.

5 STSJ de Andalucía de Sevilla, Sala de lo Social, de quince de mayo de dos mil catorce, Rec. núm. 49/2014 (Roj:STSJ AND 4511/2014. Id Cendoj: 41091340012014101169).

Trabajo –conocida como Ley Dato-, persiguiendo la mejora y bienestar de la clase obrera. En 1908 aparecerá el Instituto Nacional de Previsión, en el que se integrarán las cajas que gestionan los seguros sociales que van a ir surgiendo, en relación a la protección de riesgos no profesionales, a lo largo de las décadas siguientes.

Esta conexión con la técnica del seguro hace relevante la definición que del contrato de seguro ofrece el artículo 1 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, como *"aquél por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas."*

Este mismo concepto se aprecia implícitamente en la definición que de la incapacidad permanente contributiva realiza el párrafo primero del art. 136.1 TRLGSS que, aunque no de forma expresa, viene a exigir el carácter sobrevenido de la incapacidad⁶. Mas taxativo es el párrafo segundo de este mismo artículo, como luego veremos, del que claramente se desprenden dos conclusiones: en primer lugar, que las reducciones anatómicas y funcionales que pueda sufrir el trabajador, cuando es discapacitado, no impiden su afiliación a la Seguridad Social; y en segundo lugar, que cabe acceder a la incapacidad permanente cuando dichas lesiones preexistentes se agraven con posterioridad a la afiliación, provocando por sí mismas o en concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación. Con todo, no está de mas señalar que esta previsión tiene su origen en fechas relativamente

6 Efectivamente, aunque no lo exige de forma expresa el párrafo primero del art.136.1 TRLGSS, está implícito en la definición de la incapacidad permanente en tanto exige una "reducción anatómica o funcional grave", reducción que se predica en relación a la situación preexistente en el momento del hecho causante. Expresamente se recoge que "En la modalidad contributiva, es incapacidad permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo."

recientes, pues fue introducida por la Ley 35/2002, de 12 de julio, lo que nos da una idea de la conflictividad de la materia.

Así, tanto los contratos de seguro en general, como la Seguridad Social en particular, están asegurando un evento incierto, un hecho imprevisto, que puede acaecer o no. Se asegura aquéllo que todavía no ha pasado pero que puede suceder, en previsión de eliminar o, por lo menos, aminorar sus posibles consecuencias adversas. Este elemento aleatorio deberá estar presente en todo momento como veremos a continuación.

Por otro lado, y de acuerdo con las definiciones que de enfermedad y de degeneración nos proporciona el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en su 22.^a Edición, podemos decir que las enfermedades degenerativas son aquellas alteraciones de la salud que suponen una pérdida progresiva de la normalidad psíquica y moral y de las reacciones nerviosas de un individuo a consecuencia de enfermedades adquiridas o hereditarias.

Si el hecho, el evento asegurado, ha de ser sobrevenido para que no estemos ante un supuesto de compra de prestaciones, parece que no puede ser innato, ni tan siquiera puede ser anterior al acto administrativo de afiliación, a la inclusión de los ciudadanos en el sistema de Seguridad Social, o a su alta en una Mutualidad. De lo que cabría inferir, en principio, que las personas que presentan patologías degenerativas desde su nacimiento o en cualquier momento posterior a éste, pero anterior a su afiliación/alta, no podrían acceder a estos mecanismos de protección. Esta misma argumentación podría aplicarse a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, entidades que carecen de ánimo de lucro, y que básicamente colaboran con aquélla gestionando las prestaciones sanitarias y económicas en los casos de accidente de trabajo y enfermedad profesional, así como algunas prestaciones derivadas de contingencias comunes, respecto de estos mismos trabajadores.

No obstante, ni la Seguridad Social ni las Mutuas pueden negarse a que un trabajador por cuenta propia o ajena se afilie al sistema de Seguridad Social o suscriba, en el caso del trabajador por cuenta propia, el correspondiente documento de adhesión, para que sea esa Mutua quien cubra los riesgos

derivados del ejercicio laboral o profesional, por la sola razón de que concurra en él una enfermedad degenerativa, si dicha enfermedad no le impide el ejercicio de una actividad laboral o profesional. Es decir, si la capacidad residual que posee en el momento de la afiliación no le incapacita para el desarrollo de la actividad laboral o profesional determinante de la obligación de quedar comprendido en el ámbito de la seguridad social.

En el mismo sentido, no puede negársele la protección a un nuevo trabajador que padece ese tipo de enfermedades, cuando se incorpora a una empresa cuyo titular ha optado por formalizar la protección respecto de las contingencias de sus trabajadores con dicha entidad colaboradora. Sobre todo teniendo en cuenta que el art. 61 del Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidente de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, obliga a los empresarios asociados a una Mutua, y para la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de su personal, a *"proteger en ella a la totalidad de sus trabajadores correspondientes a los centros de trabajo situados en la misma provincia, siempre que ésta se encuentre comprendida en el ámbito territorial de la Mutua"*; sin que permita la exclusión de alguno o algunos de ellos.

Esa negativa sería contraria, a la obligación que nuestra Constitución hace recaer sobre los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos y al derecho a la protección a la salud que tienen éstos, sin olvidar tampoco el principio de igualdad y no discriminación (art. 14 CE) y el derecho fundamental al trabajo (art. 35 CE) en conexión con el art. 49 CE, cuando consagra la necesidad de que los poderes públicos amparen a los discapacitados, especialmente para el disfrute de los derechos que el Título I de la Constitución otorga a todos los ciudadanos.

Por otra parte, la citada sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, nos sirve para poner de manifiesto otros requisitos que, unidos a la capacidad de trabajo y al elemento aleatorio, deben concurrir para que pueda reconocerse una incapacidad laboral en estos supuestos y que estudiaremos posteriormente. Sin caer, como ya

hemos visto, en la confusión entre las incapacidades civiles y las incapacidades laborales, ni tampoco en las de éstas con el reconocimiento de una discapacidad valorada por el IMSERSO o por el correspondiente organismo competente de la Comunidad Autónoma a efectos, entre otros, del reconocimiento a la invalidez permanente en su modalidad no contributiva ⁷

Dichos requisitos son:

- La agravación de la enfermedad degenerativa o su manifestación por vez primera -cuándo se sabía de su existencia previa a la afiliación pero sin afectación de la capacidad del trabajador-.
- La necesidad de que, como consecuencia de esa agravación o manifestación, se haya producido la anulación de la capacidad laboral del trabajador o, al menos, su disminución.

Por supuesto, también es posible su concurrencia con otra u otras enfermedades, comunes o profesionales, o con un accidente, laboral o no, cuando son éstos los que constituyen el hecho causante de la incapacidad. Lo que, adelantamos, ha de llevar a una valoración conjunta de las dolencias.

7 STS, reunida en Sala General, de veintiuno de marzo de dos mil siete, rec. 3872/2005, dictada en unificación de doctrina: *"La definición de los grados de incapacidad permanente a efectos de Seguridad Social atiende exclusivamente a consideraciones de empleo y trabajo; en cambio, la definición de la minusvalía (hoy discapacidad) incluye como se ha visto otras dimensiones de la vida social, como son la educación y la participación en las actividades sociales, económicas y culturales. La coincidencia de los respectivos campos de cobertura de una y otra legislación puede ser amplia; y el legislador puede establecer una asimilación o conjunción de los mismos, como sucede en el art. 2.1. Ley 51/2003. Pero, junto a estos espacios de coincidencia, hay otros que corresponden privativamente bien a la Seguridad Social bien a la protección de los discapacitados, y cuyos beneficiarios han de ser determinados, en principio, mediante los procedimientos establecidos en uno y otro sector del ordenamiento social"* (Roj: STS 6439/2008.Id Cendoj: 28079140012008100766)

En el mismo sentido, la STS, Sala de lo Social, de cinco de noviembre de dos mil ocho, recurso de Casación núm. 1088/2007: desestima el reconocimiento automático de un grado de minusvalía igual o superior al 65% de un pensionista por Incapacidad Permanente Total Absoluta (Roj: STS 6439/2008.Id Cendoj: 28079140012008100766)

Por ello para afiliarse a la seguridad social se debe rellenar un Modelo (TA.1), cuyo apartado 1.6 nos pregunta por el grado de discapacidad (que se anotará de conformidad con el certificado de la valoración efectuado por el IMSERSO o por el organismo competente de la Comunidad Autónoma. ") Debiendo aportarse con la solicitud, además del documento identificativo - DNI, Tarjeta de Extranjero o Pasaporte -, certificado acreditativo del grado de discapacidad.

3.- EL DERECHO AL TRABAJO DE LOS DISCAPACITADOS Y SU ACCESO A LOS BENEFICIOS DE SEGURIDAD SOCIAL

La Constitución dentro de su Título Primero, dedicado a los Derechos y Deberes Fundamentales, en su artículo 43, reconoce el derecho a la protección de la salud, atribuyendo a los poderes públicos la competencia para organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, remitiéndose a la ley para establecer los derechos y deberes de todos al respecto; y en su artículo 41 les obliga a mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo, añadiendo que la asistencia y prestaciones complementarias serán libres.

Por otro lado, nuestra norma fundamental en su artículo 14 proclama el principio de igualdad y no discriminación, de manera que no cabe una discriminación por causa de una enfermedad discapacitante, aunque no se cite explícitamente, y así lo ha declarado en alguna ocasión el Tribunal Constitucional⁸. Y, por su parte, el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de siete de diciembre del año dos mil, recoge expresamente el principio de no discriminación en relación con el colectivo de personas con discapacidad, reconociendo su artículo 26 el derecho de las personas con discapacidad de beneficiarse de medidas que favorezcan su integración. A todo ello hay que añadir que el art. 35 CE proclama el derecho al trabajo de todos los ciudadanos.

8 STC 62/2008, Sala Primera, de veintiseis de mayo de dos mil ocho, Rec. de Amparo núm. 3912/2005 (BOE 26.06.2008): *"no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo."*

Siguiendo a la doctrina⁹ el reverso del principio de igualdad de trato y no discriminación es el mandato a los poderes públicos dirigido a «promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas» y a «remover los obstáculos» que impidan o dificulten su plenitud y la plena participación de todos (Artículo 9.2 de la Constitución); y específicamente el mandato a los poderes públicos para realizar «políticas» de integración de las personas con discapacidad (Artículo 49 de la Constitución). En definitiva, nuestro marco jurídico constitucional relativo a la igualdad de trato permite introducir desigualdades para restablecer la igualdad, cuando existen diferencias reales entre los grupos tratados desigualmente, como sucede con las personas con alguna discapacidad.

La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada el trece de diciembre de dos mil seis por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), ratificada por España el tres de diciembre de dos mil siete y que entró en vigor el tres de mayo de dos mil ocho, supone la consagración del enfoque de derechos de las personas con discapacidad, de modo que considera a las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos, estando los poderes públicos obligados a garantizar que el ejercicio de esos derechos sea pleno y efectivo.

Con el fin de adaptar nuestra normativa a dicha Convención se aprobó por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social¹ que, así mismo, encomienda a los poderes públicos en su artículo 57 garantizarles *"(...) la prevención, los cuidados médicos y psicológicos, los apoyos adecuados, la educación, la orientación, la inclusión social y laboral, el acceso a la cultura y al ocio, la garantía de unos derechos económicos, sociales y de protección jurídica mínimos y la Seguridad Social."*¹⁰

9 CABRA DE LUNA, M.A., *"Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias. Algunas consideraciones en materia de protección social"*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 50, cit. p. 24.

10 Para los que no están incluidos en el ámbito de aplicación de la Seguridad Social por no desarrollar una actividad laboral, el apartado primero del artículo 8 del Real Decreto Legislativo 1/2013 establece un sistema especial de prestaciones sociales y económicas que comprenderá: Asistencia sanitaria y prestaciones farmacéutica, subsidio de movilidad y

Su artículo 35 declara que *"Las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo, en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación.(...)"*.¹¹ La integración laboral es un factor clave para la integración social de las personas con discapacidad que puedan desarrollar una actividad por cuenta ajena o propia. Hay personas con discapacidad cuya productividad media es menor a las personas sin discapacidad; por lo que siempre quedarían fuera de la cobertura de una legislación de no discriminación que sólo «protege» a aquellas personas con discapacidad que, con o sin una adaptación de su puesto de trabajo, pueden rendir a un nivel «normal».¹²

En materia de Seguridad Social nuestra legislación ha introducido importantes avances para este colectivo al que acabaran perteneciendo las personas con enfermedades degenerativas. Así, por ejemplo, la edad mínima que exige el TRLGSS (art. 160), para tener derecho a la prestación económica por causa de jubilación, puede ser reducida, mediante la aplicación de coeficientes reductores, en el caso de trabajadores con una discapacidad igual o superior al 65% o, también, con una discapacidad igual o superior al 45%, siempre que, en este último supuesto, se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas en las que concurren evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida de esas personas.

compensación por gastos de transporte, recuperación profesional, y rehabilitación y habilitación profesionales.

Mediante el Real Decreto 156/2013, de 1 de marzo, ya se había procedido a regular las condiciones de inclusión en la Seguridad Social en una situación asimilada a la de alta para la cobertura de las prestaciones de jubilación y de muerte y supervivencia, de las personas que tienen reconocida una discapacidad que implica especiales dificultades de inserción laboral, a través del instituto jurídico del convenio especial.

11 Artículo 37.1 del RDL 1/2011: "1. *Será finalidad de la política de empleo aumentar las tasas de actividad y de ocupación e inserción laboral de las personas con discapacidad, así como mejorar la calidad del empleo y dignificar sus condiciones de trabajo, combatiendo activamente su discriminación. Para ello, las administraciones públicas competentes fomentarán sus oportunidades de empleo y promoción profesional en el mercado laboral, y promoverán los apoyos necesarios para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo.*"

12 CABRA DE LUNA, M.A., *"Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias. Algunas consideraciones en materia de protección social"* cit. p. 31.

Ambas posibilidades han sido desarrolladas reglamentariamente. El Real Decreto 1539/2003, de cinco de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía, tiene como fundamento el mayor esfuerzo y la penosidad que el desarrollo de una actividad profesional comporta para un trabajador con discapacidad. El Real Decreto 1851/2009, por el que se desarrolla el artículo 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento, establece una edad fija de acceso a la jubilación anticipada porque se basa en evidencias de reducción de esperanza de vida de quienes padecen las enfermedades que enumera en su art. 2. Entre ellas figuran enfermedades degenerativas, con lo que se está llevando a cabo un reconocimiento implícito de que las mismas no impiden *per se* el ejercicio de una actividad laboral. Estas disposiciones son aplicables a todos los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, en aplicación de lo establecido en la disposición adicional octava TRLGSS.

Especialmente importante para el colectivo de discapacitados fue la reforma llevada a cabo por la Ley 35/2002, de 12 de julio (D.A. 2ª) por la que se otorgó nueva redacción al párrafo segundo del artículo 136.1 TRLGSS respecto a la calificación de la incapacidad permanente al disponer que "*Las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas con discapacidad y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación.*" Se recoge así la doctrina jurisprudencial antes señalada así como la reivindicación de los colectivos de personas con discapacidad que venían pidiendo esta modificación desde tiempo atrás.

Este avance, que no precisa desarrollo reglamentario sino que es directamente aplicable *ope legis*, implica reconocer la cabida de reducciones

anatómicas o funcionales previas a la afiliación a la seguridad social en la valoración de una situación de incapacidad permanente posterior.

El enunciado del precepto ("*...* cuando se trate de personas con discapacidad"), no debe llevarnos a concluir que sea necesaria la declaración por los servicios públicos competentes de la discapacidad del trabajador con carácter previo a su inclusión en el sistema público. Basta, en nuestro caso, con que se le haya diagnosticado la enfermedad degenerativa al trabajador y se dé después la agravación de su patología. Asimismo el precepto reconoce también la posibilidad de declaración de Incapacidad Permanente de quienes trabajan en un centro especial de empleo.

Otro indudable avance para las personas discapacitadas en materia de Seguridad Social ha sido el reconocimiento de la compatibilidad entre la pensión por incapacidad permanente absoluta y el trabajo que da lugar a la afiliación en el sistema de la Seguridad Social: El Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1ª, en Sentencia de catorce de octubre dos mil nueve¹³: conoce del caso de una trabajadora que, tras ser declarada en situación de gran invalidez, comenzó a prestar sus servicios como trabajadora social, primero con contrato a tiempo parcial y luego a tiempo completo. La Entidad Gestora inició expediente de revisión de la incapacidad permanente que terminó por resolución declarando que no procedía revisar la declaración de incapacidad permanente, pero si suspender temporalmente el pago de la prestación, salvo el incremento destinado a pagar la ayuda de otra persona, mientras la beneficiaria trabajase. La cuestión planteada consistía en interpretar el artículo 141.2 TRLGSS, "*Las pensiones vitalicias en caso de invalidez absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión*" y determinar qué actividades son compatibles con el cobro de una pensión por incapacidad permanente absoluta o por gran invalidez. Para el Tribunal Supremo, la literalidad del precepto apunta a la plena compatibilidad trabajo/pensión al no

13 STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, de catorce de octubre dos mil nueve, rec. de casación para la unificación de Doctrina núm. 3429/2008 (Roj: STS 6967/2009, Id Cendoj: 28079140012009100818)

establecer límite alguno a la simultaneidad referida y no remitirse a desarrollo reglamentario alguno.¹⁴ Además, la incompatibilidad tendría efecto desmotivador sobre la reinserción, privaría prácticamente de estímulo económico a la actividad de que se trate.

Finalmente hemos de añadir que la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, en su disposición adicional octava estableció que "Las referencias que en los textos normativos se efectúan a «minusválidos» y a «personas con minusvalía», para evitar su connotación peyorativa, se entenderán realizadas a «discapacitados» y a «personas con discapacidad»." De ahí que en el TRLGSS la palabra minusválido se haya sustituido por discapacitado.¹⁵

4. LA AFILIACIÓN Y EL ALTA COMO REQUISITOS DE ACCESO A LAS PRESTACIONES EN EL NIVEL CONTRIBUTIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El artículo 124.1 TRLGSS que establece las condiciones del derecho a las prestaciones, requiere además de los requisitos particulares exigidos para la respectiva prestación, que las personas reúnan el requisito general de estar afiliadas y en alta o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario.¹⁶

14 En el mismo sentido STS, Sala de lo Social Sección 1ª, de treinta de enero de dos mil ocho, Rec. de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 480/2007: Ayudante de cocinero, declarado en situación de Gran Invalidez por resolución de 13/02/74, por «paraplejia por luxación y fracturas de vértebras D9 y D10»; que pese a tal cuadro, posteriormente trabaja a tiempo completo como Oficial 2ª Especialista, realizando dibujos de planos en ordenador. Declara, interpretando el art. 141.2 TRLGSS, la ilegalidad de la norma reglamentaria en la que se amparaba la entidad gestora para suspender el pago de la prestación. La sentencia destaca como las nuevas tecnologías ayudan a la deseable reinserción social de los discapacitados (Roj: STS 1849/2008, Id Cendoj: 28079140012008100157).

15 El apartado quinto de la Disposición Final cuarta de la Ley 22/2013 ha modificado ese precepto sustituyendo las palabras "persona minusválida" por "persona con discapacidad".

16 Excepción que recoge el apartado 3 del art. 138 TRLGSS: "No obstante lo establecido en el apartado 1 de este artículo, las pensiones de incapacidad permanente en los grados de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo o gran invalidez derivadas de contingencias comunes podrán causarse aunque los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada a la de alta.

A estos requisitos hay que añadir, obviamente, la necesidad de demostrar que se está desarrollando la actividad propia de la profesión que ha dado lugar al alta en la Seguridad Social¹⁷, para evitar la ya mencionada compra de prestaciones (fraude que, de existir, deberá en todo caso ser probado por quien lo alega¹⁸).

Es importante la diferenciación entre afiliación y alta. Hay que distinguir entre el acto administrativo de inclusión de una persona en el sistema de la Seguridad Social, que sólo va a tener lugar una vez en la vida de la misma y que, por tanto, se dará sólo en una fecha determinada; y el acto o los actos a través de los cuales se constituye la relación jurídica con la Seguridad Social, que puede ser uno sólo o varios a lo largo de la vida del trabajador. Porque, sobre todo en materia de incapacidades permanentes, es la fecha de la afiliación el momento a partir del cual se mira qué capacidad de trabajo tenía el sujeto y si ésta ha disminuido o ha desaparecido como consecuencia del hecho incapacitante posterior.

La necesidad de agravación de la patología degenerativa el artículo 136 TRLGSS la exige en relación exclusivamente a la afiliación, por lo que no cabe denegar al trabajador la prestación por incapacidad permanente porque se haya dado de alta en un régimen distinto.¹⁹ Siendo incluso compatibles " (...) *dos pensiones de incapacidad permanente absoluta en dos regímenes distintos de nuestro Sistema de Seguridad Social cuando ha existido sucesión en actividades laborales que dieron lugar al alta en dos regímenes diferentes de la Seguridad Social cuando el beneficiario reúne los requisitos legales exigidos en cada uno de ellos y con independencia de que se tengan en cuenta para la*

En tales supuestos, el período mínimo de cotización exigible será, en todo caso, de quince años, distribuidos en la forma prevista en el último inciso del apartado 2.b) de este artículo."

17 STS, Sala de lo Social Sección 1ª, de veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y uno, Rec. de Casación núm. 1894/1991 (Roj: STS 1894/1991, Id Cendoj: 28079140011991100600).

18 BARBA MORA, A. *Incapacidad Permanente y Seguridad Social*, Ed. Aranzadi, Pamplona 2011, p. 92.

19 VALLE MUÑOZ, F. A., "La incapacidad permanente por patologías previas a la afiliación en la seguridad social", Revista CEF, núm. 374, mayo 2014, p. 101.

*agravación dolencias ya valoradas en la incapacidad permanente declarada en el otro Régimen.*²⁰

5. EL HECHO CAUSANTE EN MATERIA DE INCAPACIDAD PERMANENTE Y LAS ENFERMEDADES PREEXISTENTES, CONCRETAMENTE LAS ENFERMEDADES DEGENERATIVAS.

En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de cuatro de octubre de dos mil trece sobre el trabajador con discapacidad mental de la ONCE, antes citada, se le denegó su pretensión de reconocimiento de una incapacidad permanente, porque las limitaciones para trabajar que padecía eran anteriores a su incorporación al mundo laboral; de hecho, estas limitaciones estaban consolidadas desde la infancia.

Existen enfermedades que se caracterizan por la pérdida progresiva e imparable de neuronas en los sistemas anatómico-funcionales o en concretas áreas del cerebro. Son de evolución progresiva, aumentando su gravedad a medida que transcurre el tiempo, y son incurables, como el Alzheimer, el Pákinson, la esclerosis lateral amiotrófica, la enfermedad de Huntington, entre otras. En todas ellas se da un proceso crónico, con un progresivo deterioro del trabajador; se trata de enfermedades degenerativas, dolencias de carácter evolutivo, cuya existencia se conoce con anterioridad al aseguramiento, aunque puede que aún no se hayan manifestado en el trabajador o que éste, aún manifestando ciertos síntomas, no se encuentre todavía impedido para el trabajo.

La noción de hecho causante es esencial en el ámbito de la Seguridad Social en tanto es el momento en el que debe concurrir el cumplimiento de los requisitos que la normativa establece para el acceso a las prestaciones y determina también la identificación de la normativa aplicable. El hecho

20 STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, de catorce de julio de dos mil catorce, rec. de Casación núm. 3038/2013 (Roj: STS 3412/2014, Id Cendoj: 28079140012014100398).

causante ha sido especialmente conflictivo en materia de incapacidad permanente por cuanto, al proceder de una previa incapacidad temporal, ha sido siempre complejo identificar en qué momento acontecía aquél, situación conflictiva que se acrecentó en el pasado en momentos de modificaciones normativas y que llevó al legislador a tener que intervenir normativamente fijando expresamente como fecha del hecho causante la fecha de extinción de la incapacidad temporal de la que deriva la incapacidad permanente salvo si ésta no hubiera estado precedida de una incapacidad temporal o esta no se hubiera extinguido, en cuyo caso es la fecha de emisión del Dictamen-Propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI).²¹

Esta dificultad concurre también en los supuestos examinados, lo que nos lleva a la necesidad de diferenciar con la doctrina ²² entre enfermedad y situación incapacitante o hecho causante, que se produce cuando aquélla se manifiesta, se agrava o concurre con otras causas.

En todo caso, el hecho causante ha de ser posterior al inicio de la actividad laboral. Como hemos visto, encontrándose ya el trabajador afiliado o de alta en la Seguridad Social ha de aparecer por primera vez o ha de agravarse. Y esa agravación, siguiendo a la doctrina, puede darse:

- por la aparición de nuevas dolencias
- por la aparición de nuevas enfermedades que, a su vez, agraven las preexistentes.
- por agravación de las primitivas, bien solas o en combinación con las de posterior aparición.

Aunque la enfermedad degenerativa exista con anterioridad a la afiliación, el hecho causante ha de ser posterior, la incapacidad protegible "es la que sobreviene al trabajador, no la congénita o adquirida con anterioridad a

21 El apartado segundo del artículo 13 de la Orden de dieciocho de enero de mil novecientos noventa y seis establece que "2. El hecho causante de la prestación se entenderá producido en la fecha en que se haya extinguido la incapacidad temporal de la que se derive la incapacidad permanente.

En los supuestos en que la incapacidad permanente no esté precedida de una incapacidad temporal o ésta no se hubiera extinguido, se considerará producido el hecho causante en la fecha de emisión del dictamen-propuesta del equipo de valoración de incapacidades."

22 BARBA MORA, A., *Incapacidad Permanente y Seguridad Social*, cit. p. 92.

poseer tal condición jurídica" ²³. Luego ha de concretarse el momento en que aparece el efecto invalidante y atenerse a él, y no a aquél en el que se inicia la enfermedad degenerativa. Ha de estarse al momento en que aparece el efecto invalidante en cuanto existencia real de una incapacidad de trabajo²⁴

Es posible también su concurrencia con un accidente. En este caso, el artículo 115.2.f) TRLGSS dispone que "*Tendrán la consideración de accidentes de trabajo: Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente*". En este sentido se pronuncia la STSJ de Aragón, de veinticinco de enero de dos mil doce, relativa a un trabajador con una previa patología degenerativa en la rodilla, y que se agrava como consecuencia de un accidente durante el trabajo impidiéndole la realización de su actividad laboral, señalando que "(...) es preciso distinguir entre el episodio que genera la baja y la eventual patología de base que pudiese previamente existir. "²⁵

Lógicamente y cualquiera que sea la situación ante la que nos hallemos de las expuestas, será muy difícil encontrar dos supuestos idénticos, porque es necesario respecto a cada trabajador valorar la situación inicial y la situación final, lo que conlleva un excesivo casuismo que, como no se cansa de señalar el Tribunal Supremo dificulta la unificación de doctrina. De ahí que se diga que no hay incapacidades sino sujetos incapacitados.

En cualquier caso, la doctrina jurisprudencial exige una agravación trascendental posterior²⁶. Así la STS, sala de lo social, de catorce de diciembre

23 STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, de veintisiete de julio de mil novecientos noventa y uno, Recurso de Casación núm. 1762/1991 (Roj: STS 6574/1992, Id Cendoj: 28079140011992102079).

24 ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C., *La incapacidad para trabajar*, edit. La Ley, Madrid, 2014, cit. p. 338.

25 STSJ de Aragón, de veinticinco de enero de dos mil doce, rec. 889/2011 (Roj: STSJ AR 19/2012, Id Cendoj:50297340012012100014): "(...) Lo que se trata de determinar es simplemente la calificación de las consecuencias del accidente, por lo que si, aún existiendo aquella base orgánica, la lesión del actor se produjo en tiempo y lugar de trabajo, y a la misma se anudan clínicamente las sucesivas bajas, nos hallamos ante procesos temporalmente incapacitantes que están bajo la cobertura de la norma que se dice en el recurso infringida, sin que ello pueda significar, en modo alguno, dado el limitado objeto de este proceso, que la dolencia antecedente quede impregnada de origen laboral."

26 ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C., *La incapacidad para trabajar*, cit. p. 339.

de dos mil diez²⁷ señala que " (...) en línea con la jurisprudencia tradicional sobre esta materia (entre otras muchas, SSTS 10-6-1986, 23-2-1987, 10 y 11-11-1988, 31-1-1989, 10-4-1989, 9-3-1990, citadas todas en las de 27-7-1992, R. 1762/91), una y otra entienden que lo concluyente (para fundamentar el pronunciamiento estimatorio de la demanda) no es la existencia de un estado patológico anterior a la última alta sino el hecho de que la agravación experimentada haya sido lo suficientemente intensa ("con entidad suficiente para producir un efecto invalidante con posterioridad al alta", dice la de contraste) como para detectar una efectiva incapacidad para el trabajo en el momento en el que se solicita."

Esa necesidad de distinguir entre la enfermedad degenerativa y el hecho impositivo no es óbice para que, siguiendo a la doctrina²⁸, la distinta etiología de las dolencias concurrentes impidan la valoración conjunta de todas ellas a la hora de calificar la situación en la que le trabajador se encuentra, porque conjuntamente repercuten en su capacidad laboral. Incluso habrá que tener en cuenta a la hora de valorar las dolencias, para fijar una incapacidad permanente, aquéllas que se han producido entre dos periodos de alta si resultan agravadas porque, como hemos destacado en el epígrafe anterior, el momento que fija el artículo 136 es la fecha de la afiliación y no la del alta.

6. ANÁLISIS ESPECÍFICO DE LA POSIBLE NEGATIVA POR LAS MUTUAS DE PREVISIÓN SOCIAL DE UN COLEGIO PROFESIONAL A DAR DE ALTA A UN COLEGIADO COMO ALTERNATIVA AL RETA

Si el artículo 41 CE obliga a los poderes públicos a mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, añadiendo que "*la asistencia y prestaciones complementarias serán libres*", para que la asistencia y prestaciones complementarias sean libres ha de existir un sistema público de carácter básico encargado de afrontar, aunque sea mínimamente, las contingencias o riesgos sociales respecto a todos los ciudadanos (vocación

27 STS de catorce de diciembre de dos mil diez, recurso núm. 1419/2010 (Roj: STS 7625/2010, Id Cendoj: 28079140012010100891).

28 ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C., *La incapacidad para trabajar*, cit. p. 345.

universal que deriva de la propia CE). La seguridad social es una función que obligatoriamente ha de ejercer el Estado, que " (...) *se configura como un régimen legal, en que tanto las aportaciones de los afiliados, como las prestaciones a dispensar, sus niveles y condiciones, vienen determinados, no por un acuerdo de voluntades, sino por reglas que se integran en el ordenamiento jurídico y que están sujetas a las modificaciones que el legislador introduzca.*"²⁹.

La Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, dedica su artículo 23 al derecho a la Seguridad Social, declarando en su apartado primero que: *"De conformidad con el artículo 41 de la Constitución, las personas que ejerzan una actividad profesional o económica por cuenta propia o autónoma tendrán derecho al mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social, que les garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. Las prestaciones complementarias serán libres."* Además, su disposición final segunda añade que *"Con carácter progresivo se llevarán a cabo las medidas necesarias para que, de acuerdo con los principios que inspiran esta Ley, se logre la convergencia en aportaciones y derechos de los trabajadores autónomos en relación con los establecidos para los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social."* Y ocupándose su disposición adicional quinta de los profesionales incorporados a las Mutualidades de Previsión Social alternativas.

Antes de adentrarnos en el análisis de si es posible que una Mutualidad de Previsión Social niegue el ingreso a un colegiado en el sistema alternativo al RETA, debemos recordar que las Mutualidades de Previsión Social son entidades aseguradoras de naturaleza privada.

El artículo 2 del Real Decreto 1430/2002, de 27 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de dichas entidades, ampliando la definición que de las mismas proporciona el artículo 64.1 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de

²⁹ STC, Pleno, de veintiuno de mayo de mil novecientos ochenta y siete, rec. de inconstitucionalidad núm. 222/1984 (BOE 9. 6.1987).

Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, por el que se rigen, las define como "entidades aseguradoras privadas sin ánimo de lucro que ejercen una modalidad aseguradora de carácter voluntario complementaria al sistema de Seguridad Social obligatoria, mediante aportaciones a prima fija o variable de los mutualistas". Pero el citado precepto añade: "De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley - refiriéndose a la Ley 30/1995, de 8 de noviembre³⁰ -, las mutualidades de previsión social podrán ser además alternativas al régimen de la Seguridad Social de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos."

Así mismo, hemos de partir del hecho de que, no todos los trabajadores por cuenta propia que son profesionales con obligación de colegiarse, cuentan con la posibilidad de incorporarse a su Mutualidad, como alternativa al alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Debe tratarse de profesionales por cuenta propia cuyo colectivo no se haya integrado en el RETA.

Tras el análisis de lo que se establece en la Disposición Adicional 15ª de la mencionada Ley 30/1995, en la redacción dada a la misma por el artículo 33 de la Ley 50/1998, se concluye que deben concurrir, al menos, otros dos requisitos para que los autónomos colegiados puedan hacer uso de esta posibilidad, inscribiéndose en el Sistema de Previsión Profesional:

1º.- Que su Colegio Profesional tuviera establecida antes del 10 de noviembre de 1995 -fecha de entrada en vigor de la citada Ley 30/1995- una Mutualidad de Previsión Social.

2º.- *"Que dicha Mutualidad hubiera constituido con antelación un mecanismo de adscripción obligatoria".*³¹

A estos requisitos hay que añadir otra condición necesaria: que el profesional ejerza esa opción, entre el Régimen público y el Régimen privado, antes del inicio de su actividad.³²

30 Disposición Adicional decimoquinta declarada expresamente vigente por el apartado 8º de la letra a) de la disposición derogatoria única del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

31 TEJERINA ALONSO, J. I., "La Seguridad Social de los profesionales colegiados" Revista Actuarios, Número 22, Mayo/Junio de 2004, p. 37-39.

Una vez inscrito en el RETA no puede optarse por abandonarlo y pasarse a la mutualidad, salvo que se cese en el ejercicio de la actividad; sin embargo, sí es posible a la inversa, simultaneando ambas opciones.³³

La Disposición Adicional 46ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social, obliga a las Mutualidades de Previsión Social que, en virtud de la establecido en la Disposición adicional 15ª de la citada Ley 30/1995 sean alternativas al alta en el RETA, a ofrecer a sus afiliados, de forma obligatoria, "las coberturas de jubilación; invalidez permanente; incapacidad temporal, incluyendo maternidad, paternidad y riesgo del embarazo; y fallecimiento que pueda dar lugar a viudedad y orfandad."

El proceso que la Mutualidad sigue ante una nueva solicitud de inscripción cuando se configura como alternativa al RETA, consiste en someter al solicitante a un cuestionario en el que éste está obligado a manifestar con exactitud todas las circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo que se pretende cubrir con el contrato de seguro, con especial relevancia de su estado de salud. Este cuestionario posteriormente es objeto de una valoración médica.³⁴

32 El mismo régimen es aplicable a los socios de sociedades profesionales conforme a la Disposición Adicional 5ª de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales. Esta nueva regulación supone una ampliación del número de los sujetos susceptibles de elegir la Mutualidad como alternativa al RETA.

33 El artículo 17 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados establecía que *"las prestaciones dispensadas como entidades alternativas serán incompatibles con las establecidas en el régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos"*, apartado que fue declarado nulo por la Sentencia del Tribunal Supremo de veintidós de junio de dos mil cuatro, Rec. núm. 52/2003, por no existir previsión legal que impida simultanear ambas opciones. En el mismo sentido se había expresado el alto Tribunal en Sentencia de veinticinco de enero de dos mil, Rec. núm. 1317/1999, al sostener que la Ley 30/1995 *"no dispone prohibición ni incompatibilidad entre ambas."* (Roj: STS 379/2000, Id Cendoj: 28079140012000101403).

34 Párrafo primero del artículo 10 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro: *"El tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. Quedará exonerado de tal deber si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él."*

El trabajador que padezca de una enfermedad degenerativa está, por tanto, obligado a ponerla en conocimiento del asegurador. Ante ello, la Mutualidad, no puede negarse a darle de alta en las coberturas de riesgo (las incapacidades fundamentalmente), por disponerlo así la ley, pero lo hacen, amparándose para ello en lo que denominan " *la política de selección de riesgos de la entidad* " o " *principios de la técnica aseguradora* ".

En un contrato de seguro privado, regulado por la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, no cabe la discriminación por razón de discapacidad, porque la Disposición Adicional 4ª de la citada Ley, establece que: "*No se podrá discriminar a las personas con discapacidad en la contratación de seguros. En particular, se prohíbe la denegación de acceso a la contratación, el establecimiento de procedimientos de contratación diferentes de los habitualmente utilizados por el asegurador o la imposición de condiciones más onerosas, por razón de discapacidad*" pero establece la salvedad de que, esa discriminación cabe, "*si se encuentra fundada en causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente*".

Según la interpretación que de este precepto realizan algunas Mutualidades, la concurrencia de estas patologías, que siempre implican una pérdida progresiva de la salud que necesariamente acabará afectando a la capacidad de trabajo de quienes la padecen, es una causa justificada, proporcionada y razonable, que está documentada previa y objetivamente.

En estos casos, la Mutualidad no da al profesional por cuenta propia la posibilidad de optar entre un régimen u otro, sino sólo de contratar algunas limitadas contingencias con la Mutualidad, contingencias que tendrán el carácter de prestaciones complementarias a las del régimen público de Seguridad Social, en el sentido del último inciso del artículo 41 de la Constitución; pero que no le eximirán del deber de estar inscrito simultáneamente en el RETA para poder ejercer su profesión por cuenta propia.³⁵

³⁵ La STS, Sala de lo social, de veinticinco de enero de dos mil, en el rec. de casación para la Unificación de Doctrina 1317/1999, ha declarado que no existe incompatibilidad entre los dos heterogéneos sistemas de protección, de manera que cuando el interesado opta por

Sin embargo, estas Mutualidades, cuando actúan como alternativa al RETA, no están para otorgar una protección adicional a la ofrecida por el régimen público de la Seguridad Social, sino una protección alternativa, sustitutiva de la misma, por lo que es su obligación, por disponerlo así la Ley, ofrecer a sus afiliados todas las coberturas especificadas en esa Disposición adicional 46ª de la Ley 27/2011, entre las que se encuentran la incapacidad permanente y la temporal.

Existe, además, el deber de equiparar ambas situaciones y así lo han reconocido algunas sentencias en suplicación, como la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en fecha veintitrés de mayo de dos mil trece³⁶, que aunque a priori analiza un tema alejado del que nos ocupa³⁷, recoge una doctrina muy relevante a estos efectos cuando señala que: *"(...) la cuestión discutida en este proceso consiste en determinar si la inclusión del beneficiario en el ámbito de aplicación de la mutualidad de la abogacía, puede o no equipararse al alta en uno de los regímenes del sistema público de seguridad social, (...) la referida mutualidad no es una cualquiera de naturaleza privada, (...) tiene la consideración de mutualidad de previsión social alternativa al régimen de autónomos. Y por ello mismo y en virtud de lo establecido en la disposición adicional 46.ª de la Ley 27/2011 de 1 de Agosto, el alcance de su cobertura no es por entero libre, sino que "deberán ofrecer a sus afiliados, (...) de forma obligatoria, las coberturas de jubilación; invalidez permanente; incapacidad temporal, incluyendo maternidad, paternidad y riesgo del embarazo; y fallecimiento que pueda dar lugar a*

mantenerse de forma simultánea en alta en el RETA y en la correspondiente Mutualidad, ésta desempeñará la función de complementación prevista por el artículo 64 de la Ley 30/95, mientras que en los casos en que se opta exclusivamente por incorporarse a la Mutualidad de Previsión Social prevista por el correspondiente Colegio Profesional, la función de la Mutualidad será la de "alternativa" al sistema de Seguridad Social (Roj: STS 379/2000, Id Cendoj: 28079140012000101403).

36 STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, de veintitres de mayo de dos mil trece, recurso nº 102/2013 (Roj: STSJ CLM 1454/2013, Id Cendoj: 02003340022013100178).

37 Así, se acepta por la citada sentencia del STSJ de Castilla La Mancha, de veintitrés de mayo de dos mil trece, en cuanto a la posibilidad del *"abono del pago único de la prestación por desempleo en la modalidad de pago periódico, que se establece en relación al abono de cotizaciones a la seguridad social, que el abono de las cuotas propias de la mutualidad de la abogacía debe entenderse incluido en tales previsiones, en cuanto su pago subviene al sostenimiento de una mutualidad alternativa a la seguridad social"*. Criterio que también siguen otros TSJ.

viudedad y orfandad (...) no se trata ya de que la cobertura de la mentada mutualidad pueda asimilarse de manera genérica e indiferenciada a la propia del RETA, y hacer extensivas ciertas previsiones legales por el mecanismo de la analogía. Es que el ordenamiento jurídico patrio permite (...) sin perjuicio de otro tipo de cobertura privada y complementaria, ejercer una cobertura alternativa a la propia de la seguridad social, a la que por tanto deben asimilarse en todos aquellos supuestos en los que una norma prevea como requisito para la causación de un derecho, el alta en seguridad social (...) "

La doctrina judicial, por tanto, equipara distintos derechos de estos mutualistas a los afiliados, y su argumentación se efectúa en coherencia con el artículo 6 del Código Civil y siempre que una norma prevea como requisito para la causación de un derecho, el alta en la seguridad social. No se pretende que alternatividad sea sinónimo de equivalencia, si lo fuera no se habrían excluido del ámbito de protección otras coberturas que el RETA sí cubre y que no aparecen entre las señaladas como obligatorias en la disposición adicional 46.^a de la Ley 27/2011, como la asistencia sanitaria, etc. Se habría optado por el legislador por una total equiparación de prestaciones.

Esta obligación de ofrecer a sus afiliados las prestaciones obligatorias señaladas, no implica ningún cambio en la naturaleza jurídica de la aseguradora, que sigue siendo una entidad de carácter privado, que necesariamente debe actuar bajo el sistema financiero de capitalización.

Recordemos al respecto, que los capitales que se generan en una mutualidad, desde el principio son del mutualista, quien puede disponer de ellos en el momento que le permite la ley de la forma que crea más conveniente (en forma de capital, en forma de pensión en base a una renta vitalicia, o simplemente de una renta financiera). En la Seguridad Social, con un sistema de prestaciones definidas financiado por reparto, el asegurado solo tiene, en cambio, una expectativa de prestación para cuando se produzca la contingencia, dependiente de la duración de la vida humana y de la solidaridad intergeneracional.³⁸

38 Blog de Mutualidad de la Abogacía, 24 de octubre de 2012. Noticias.

La citada Disposición Adicional 46ª Ley 27/2011, en su apartado segundo párrafo segundo, fijando una cuota mínima al mutualista, se refiere a "*(...) cualesquiera que sean las contingencias contratadas con la Mutuality alternativa, de entre las obligatorias a que se refiere el punto 1*". Esto podría interpretarse como que la norma impone a la Mutuality que en su oferta aseguradora contemple todas las coberturas señaladas anteriormente, pero no impone al mutualista que efectivamente contrate todas ellas, permitiendo al sujeto no contratar aquéllas a cuyo riesgo no esté expuesto³⁹ Entendemos que de ser así, se tratará de prestaciones complementarias a las del régimen público de Seguridad Social, que la Mutuality ya no actuará como alternativa al RETA.

Finalmente, debemos señalar que, en pura lógica, no son aplicables a los trabajadores autónomos, en general, cuando se han adscrito a su Mutuality, los artículos de la ley 20/2007 de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo relativos a la obligación de afiliarse al RETA y de cotizar a la acción protectora de la Seguridad Social, ni caben, en consecuencia, exenciones, reducciones o bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social. Así lo prevé su Disposición adicional quinta. Pero si el resto y, en particular, las que regulan la prestación por cese de actividad y el pago único de la prestación por desempleo⁴⁰

7.- CONCLUSIONES

El trabajador que, padeciendo una enfermedad degenerativa quiera afiliarse al sistema público de la Seguridad Social u optar por integrarse en una Mutuality, como primer requisito ha de tener capacidad para trabajar con carácter previo a esa afiliación/incorporación, para que no pierda el aseguramiento su naturaleza aleatoria; capacidad que debe ser suficiente para la realización de la actividad profesional determinante de su afiliación y alta.

39 ARADILLA MARQUÉS, Mª J., "*Un nuevo diseño para las Mutualidades Alternativas al RETA*" Revista Doctrinal Aranzadi Social nº 10, Pamplona, 2012, (Aranzadi visión) pp. 1 y ss., en p 12.

40 Disposiciones adicionales cuarta y novena de la ley 20/2007.

Cabe acceder a la incapacidad permanente cuando dichas patologías preexistentes se agraven con posterioridad a la afiliación, provocando por sí mismas o en concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de esa capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación. Pero siempre que al sobrevenir la contingencia o situación protegida, el trabajador esté afiliado y en alta o en situación asimilada al alta, salvo excepción legal y, obviamente, desarrollando la actividad propia de la profesión que ha dado lugar a esa alta en la Seguridad Social. No debe confundirse la enfermedad con la situación incapacitante o hecho causante, que se produce cuando aquélla se manifiesta, se agrava o concurre con otras causas. Ha de concretarse el momento en que aparece el efecto invalidante y atenerse a él, y no a aquél en el que se inicia la enfermedad degenerativa.

En materia de Seguridad Social nuestra legislación ha introducido importantes avances para el colectivo de discapacitados, al que acaban perteneciendo las personas con enfermedades degenerativas, reduciendo la edad mínima para tener derecho a la prestación económica por causa de jubilación; reconociendo la cabida de reducciones anatómicas o funcionales previas a la afiliación a la seguridad social en la valoración de una situación de incapacidad permanente posterior; y la compatibilidad entre la pensión por incapacidad permanente absoluta y el trabajo que da lugar a la afiliación en el sistema de la Seguridad Social.

El alcance de la cobertura de las Mutualidades de Previsión Social que tienen la consideración de alternativa al régimen especial de autónomos no es por entero libre, sino que deben ofrecer a sus afiliados obligatoriamente, las coberturas de jubilación; invalidez permanente; incapacidad temporal, incluyendo maternidad, paternidad y riesgo del embarazo; y fallecimiento que pueda dar lugar a viudedad y orfandad, sin que por ello pierdan su naturaleza privada, esto es, mediante el sistema de capitalización individual y la técnica aseguradora bajo los que operan. La doctrina judicial equipara distintos derechos de estos mutualistas a los afiliados cuando una norma prevé como requisito para la causación de un derecho el alta en la seguridad social, no acude el instituto de la analogía.

8.- BIBLIOGRAFÍA

- LOPEZ GANDÍA, J., y ROMERO RÓDENAS, M^a J., *La Incapacidad Permanente: Acción Protectora, Calificación y Revisión*. ed. Bomarzo, Albacete, 2011, cit. p. 9.
- CABRA DE LUNA, M.A., "Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias. Algunas consideraciones en materia de protección social", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 50, cit. p. 24.
- BARBA MORA, A. *Incapacidad Permanente y Seguridad Social*, Ed. Aranzadi, Pamplona 2011, p. 92.
- VALLE MUÑOZ, F. A., "La incapacidad permanente por patologías previas a la afiliación en la seguridad social", Revista CEF, núm. 374, mayo 2014, p. 101.
- ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C., *La incapacidad para trabajar*, edit. La Ley, Madrid, 2014, cit. p. 338.
- TEJERINA ALONSO, J. I., "La Seguridad Social de los profesionales colegiados" Revista Actuarios, Número 22, Mayo/Junio de 2004, p. 37-39.
- ARADILLA MARQUÉS, M^a J., "Un nuevo diseño para las Mutualidades Alternativas al RETA", Revista Doctrinal Aranzadi Social nº 10, Pamplona, 2012, (Aranzadi visión) pp. 1 y ss., en p 12.
- Blog de Mutualidad de la Abogacía, 24 de octubre de 2012. Noticias.

9.- JURISPRUDENCIA CITADA

TRIBUNAL SUPREMO:

- ATS Sección 1^a de la Sala de lo Social, de inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina, de fecha veinticinco de junio de dos mil catorce, (Roj: ATS 6554/2014. Id Cendoj: 28079140012014201275).
- STS, reunida en Sala General, de veintiuno de marzo de dos mil siete, rec. 3872/2005, dictada en unificación de doctrina (Roj: STS 6439/2008. Id Cendoj: 28079140012008100766).

- STS, Sala de lo Social, de cinco de noviembre de dos mil ocho, recurso de Casación núm. 1088/2007 (Roj: STS 6439/2008.Id Cendoj: 28079140012008100766).
- STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, de catorce de octubre dos mil nueve, rec. de casación para la unificación de Doctrina núm. 3429/2008 (Roj: STS 6967/2009, Id Cendoj: 28079140012009100818).
- STS, Sala de lo Social Sección 1ª, de treinta de enero de dos mil ocho, Rec. de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 480/2007 (Roj: STS 1849/2008, Id Cendoj: 28079140012008100157).
- STS, Sala de lo Social Sección 1ª, de veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y uno, Rec. de Casación núm. 1894/1991 (Roj: STS 1894/1991, Id Cendoj: 28079140011991100600).
- STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, de catorce de julio de dos mil catorce, rec. de Casación núm. 3038/2013 (Roj: STS 3412/2014, Id Cendoj: 28079140012014100398).
- STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, de veintisiete de julio de mil novecientos noventa y uno, Recurso de Casación núm. 1762/1991 (Roj: STS 6574/1992, Id Cendoj: 28079140011992102079).
- STS de catorce de diciembre de dos mil diez, recurso núm. 1419/2010 (Roj: STS 7625/2010, Id Cendoj: 28079140012010100891).
- STS, Sala de lo Social, de veinticinco de enero de dos mil, Rec. núm.1317/1999 (Roj: STS 379/2000, Id Cendoj: 28079140012000101403).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

- STC 62/2008, Sala Primera, de veintiseis de mayo de dos mil ocho, Rec. de Amparo núm. 3912/2005 (BOE 26.06.2008).
- STC, Pleno, de veintiuno de mayo de mil novecientos ochenta y siete, Rec. de inconstitucionalidad núm. 222/1984 (BOE 9. 6.1987).

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA:

- STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de cuatro de octubre de dos mil trece, rec. núm. 837/2013 (Roj: STSJ CV 5231/2013, Id Cendoj: 46250340012013101348).
- STSJ de Andalucía de Sevilla, Sala de lo Social, de quince de mayo de dos mil catorce, Rec. núm. 49/2014 (Roj:STSJ AND 4511/2014. Id Cendoj: 41091340012014101169).
- STSJ de Aragón, de veinticinco de enero de dos mil doce, rec. 889/2011(Roj: STSJ AR 19/2012, Id Cendoj:50297340012012100014).
- STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, de veintitres de mayo de dos mil trece, recurso nº 102/2013 (Roj: STSJ CLM 1454/2013, Id Cendoj: 02003340022013100178).